

**FANESE**

Faculdade de  
Administração  
e Negócios  
de Sergipe

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIO DE SERGIPE -  
FANESE**

**CURSO DE DIREITO**

**REGIANA ALBINO DE REZENDE**

**POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL NA  
SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA**

**ARACAJU**

**2024**

A467p

REZENDE, Regeana Albino de

Possibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria da pena / Regeana Albino de Rezende. - Aracaju, 2024. 19f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo)  
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.  
Coordenação de Direito.

Orientador(a): Prof. Dr. Edson Oliveira da Silva

1. Direito 2. Pena 3. Atenuação 4. Dosimetria

I Título

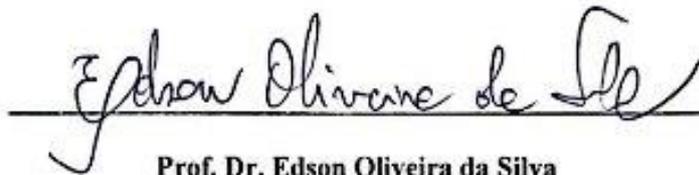
CDU 34 (045)

Elaborada pela Bibliotecária Edla de Fatima S. Evangelista CRB-5/1029

**FANESE**Faculdade de  
Administração  
e Negócios  
de Sergipe**REGIANA ALBINO DE REZENDE****POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL**

Artigo Científico apresentado à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE, como requisito parcial e elemento obrigatório para a obtenção do grau bacharel em Direito no período de 2024.1.

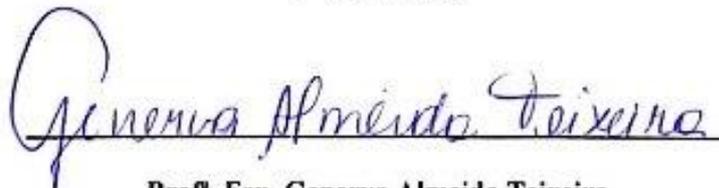
Aprovado com média: 10,0



**Prof. Dr. Edson Oliveira da Silva**  
1º Examinador (Orientador)



**Prof. Me. Denival Dias de Souza**  
2º Examinador



**Prof. Esp. Generva Almeida Teixeira**  
3º Examinadora

Aracaju (SE), 25 de maio de 2024

## POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA<sup>1\*</sup>

---

Regeana Albino de Rezende

### RESUMO

O julgador, utilizando-se de critérios legais previamente estabelecidos, calculará a pena, levando em consideração circunstâncias específicas do caso e do agente. O artigo 68 do código penal acolheu o sistema trifásico de dosimetria da pena desenvolvido por Nelson Hungria, onde o cálculo da pena é feito em três fases, num primeiro momento o julgador deve levar em consideração as circunstâncias que estão previstas no artigo 59 do código penal. Uma vez que é feita esta análise é estipulada a pena base, parte-se então para à análise da existência de eventuais agravantes e atenuantes, as agravantes estão previstas no artigo 61 e as atenuantes no artigo 65 do código penal, determinando-a a pena intermediária, em sequência o julgador irá averiguar causas de aumento ou de diminuição da pena, de modo a fixar a pena definitiva. Este trabalho se propõe a analisar o entendimento da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça que prevê: “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. O objetivo geral desta pesquisa foca na análise da possibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal com fulcro na súmula 231 do Superior Tribunal De Justiça. Diante do exposto, suscitou-se a seguinte problemática: a súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça contraria o princípio da individualização da pena? A metodologia utilizada foi uma pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo. Diante disso, verifica-se que a súmula parte de uma analogia in malam partem, violando a princípio individualização da pena, além de desrespeitar o sistema de dosimetria adotado pelo código penal.

Palavras-chave: Pena. Atenuação. Dosimetria.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como foco principal abordar sobre a possibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria. Com a reforma da parte geral do código penal que ocorreu em 1980, foi adotado o sistema trifásico de aplicação da pena desenvolvido por Nelson Hungria insculpido no artigo 68. Este sistema aduz que o cálculo da

---

<sup>1\*</sup>Artigo apresentado à banca examinadora do curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, em junho de 2024, como critério parcial e obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador (a): Prof. Dr. Edson Oliveira da Silva

pena ocorre em três etapas. Na primeira fase, o magistrado fixa a pena-base. A pena-base é determinada a partir da análise das circunstâncias judiciais descritas no artigo 59 do CP, como: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima.

Após estabelecer a pena-base, ocorre a segunda etapa do cálculo, no qual, o magistrado analisa as circunstâncias agravantes dispostas no artigo 61 do CP e atenuantes elencadas no artigo 65 do CP, fixando a pena intermediária e por fim, analisa as causas de aumento e diminuição de pena, fixando a pena definitiva.

O Superior Tribunal de Justiça no ano de 1999, publicou a súmula 231 que dispõe: " a incidência da circunstâncias atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal", todavia, no artigo 65 onde estão previstas as circunstâncias atenuantes, a norma traz hipóteses em que a pena deve ser atenuada abaixo do mínimo legal. Portanto, indaga-se: a súmula 231 contraria o princípio da individualização da pena?

Em um cenário complexo e em constante evolução, é nesse contexto que se fundamenta a importância deste trabalho, na necessidade do direito acompanhar o contexto atual jurídico, garantindo segurança jurídica.

Nesse sentido, o objetivo geral desta pesquisa é analisar a possibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal, com fulcro na súmula 231.

De forma mais específica, buscou-se desenvolver uma pesquisa bibliográfica acerca dos temas de fundo: teoria da pena e sistema trifásico de aplicação da pena e analisar a compatibilidade da súmula 231 do STJ com o Princípio da Individualização da pena.

Para o desenvolvimento deste artigo, teve como metodologia pesquisa bibliográfica, de caráter qualitativo, onde foram utilizados livros, artigos, estudos doutrinários e jurisprudências sobre os temas abordados, a fim de proporcionar melhor entendimento sobre a temática.

Para alcançar os objetivos delineados na pesquisa, este artigo está dividido em 4 seções contando com esta introdução. Na primeira seção é apresentado o conceito de pena; as teorias que justificam as penas; alguns princípios do direito penal e as espécies de penas no Brasil. Já na segunda seção, foi abordado sobre o sistema de dosimetria adotado no Brasil, orientando o magistrado a definir a pena definitiva. Na terceira seção apresentou-se uma abordagem jurídica sobre a colisão dos efeitos da vigência da súmula com o princípio da individualização da pena.

## 2 TEORIA DA PENA: BREVES CONSIDERAÇÕES

Inicialmente, se faz necessário esclarecer o conceito de Pena. Segundo, Cunha (2020, p. 471), tem-se que:

Pena é espécie sanção penal, isto é, resposta estatal ao infrator da norma incriminadora (crime ou contravenção), consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do agente. Sua imposição depende do devido processo legal, através do qual se constata a autoria e materialidade de um comportamento típico, antijurídico e culpável não atingido por causa extintiva da punibilidade (Cunha, 2020, p. 471).

Pode-se notar, a partir da definição apresentada, que o conceito de pena é a resposta do estado em razão de condutas definidas em um tipo penal, acarretando a privação ou restrição de um bem jurídico.

Nesse mesmo sentido, Masson (2019) pondera que a pena é a reação de uma comunidade politicamente organizada contra um comportamento que viola as normas fundamentais da sua estrutura e, portanto, é definida pela lei como crime.

Diversas correntes teóricas do Direito Penal, buscam estudar a finalidade de aplicação da pena. As teorias são: teoria absoluta ou da retribuição, teoria relativa, finalistas, utilitárias, ou da prevenção, teoria mista, eclética ou unificadora da pena e por fim, a teoria agnóstica.

Para a teoria absoluta ou da retribuição, a finalidade de aplicação da sanção penal é retributiva. Conforme exposto por Capez (2020, p. 650) “A pena é a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal justo previsto no ordenamento jurídico”. A pena

é considerada absoluta porque não tem função prática, não está vinculada a nenhum objetivo específico e não aborda a reintegração social de indivíduos que violam as leis penais (Masson, 2019).

Na teoria relativa, finalistas, utilitárias, ou da prevenção, de acordo com Estefam (2022), as teorias finalistas fundamentam-se no futuro, uma vez que a pena somente se justifica enquanto fator de prevenção, ou seja, como mecanismo capaz de impedir que novas infrações sejam cometidas.

O objetivo é a prevenir novos crimes, aqui, se dividem em: prevenção geral e prevenção especial. Para Junqueira e Vanzolini (2021), a prevenção geral significa que a pena busca atingir a generalidade das pessoas, ou seja, a coletividade. Prevenção Especial é aquela dirigida ao próprio condenado.

A prevenção Geral se divide em: prevenção geral negativa e positiva. Prevenção geral

negativa na visão de Cunha (2020) pena deve ser aplicada de forma psicológica á coletividade, intimidando-a. Na perspectiva da prevenção geral positiva tem como objetivo demonstrar a vigência da lei.

Sob o viés da Prevenção Especial que se biparte em: Prevenção especial positiva e negativa. A Prevenção Especial Positiva, busca a ressocialização do condenado, Cunha (2020) acrescenta que além disso, este método de prevenção é benéfico para a sociedade, tendo em vista que o indivíduo estará mais bem preparado para concernir preceitos impostos pelo Direito. A prevenção Especial Negativa, é aquela voltada ao próprio condenado que violou a lei penal, busca evitar a reincidência. O agente é punido como um fator de contenção, ademais a evidência da pena faria com que o agente não voltasse a delinquir, o que acarretaria a reincidência (Estefam, 2020).

Nesse sentido, diversos dispositivos da Lei de Execução Penal expressam influência da finalidade preventiva da pena tanto no seu cunho geral quanto especial, como é o caso do artigo 10, caput:” a assistência ao preso e ao intimidado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno á convivência em sociedade”, entre outros (Brasil, 1984; Masson, 2019).

De acordo com Capez (2020) a teoria mista, eclética ou unificadora da pena, aduz que a pena tem a dúplíce função, tanto pela punição do infrator, quanto de prevenir a prática do crime, seja pela reeducação ou pela intimidação coletiva. O código penal assumiu esta teoria em seu artigo 59, caput na seção final afirma que, ao impor uma sentença, o juiz deverá fazer “na medida do necessário e suficiente para reprovar e prevenir o crime”, ou seja, ao impor uma sentença, o juiz deve voltar ao passado, centrar-se na retribuição do comportamento, a fim de que a sanção se concentre a dar exemplo; para todos (prevenção geral) e de forma interna de reflexão (prevenção especial) (Brasil, 1940; Estefam, 2020).

Por último, a teoria agnóstica, também chamada de teoria negativa, concebida pelo jurista Tobias Barreto, enfatiza dúvidas sobre a finalidade da punição e o poder do estado para punir, especialmente no que diz respeito à ressocialização (prevenção positiva especial), que nunca poderá ser efetivamente alcançada em nosso sistema penal (Estefam, 2020; Masson, 2019).

Os Princípios do Direito Penal, além de limitarem o poder punitivo do estado, norteiam o orientador durante as elaborações das normas e conduzem a forma de sua aplicação, ou seja, visa assegurar que os trâmites aconteçam de forma equitativa, desse modo, além do Princípio

da individualização da pena, é pertinente abordar alguns princípios concernentes a atuação do estado e aplicação da pena.

O Princípio da Legalidade ou Reserva Legal, está insculpido no artigo 5, inciso XXXIX da constituição federal, que prevê: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (Brasil, 1988). Redação sutilmente diferente encontrada no artigo 1 do Código penal. Este princípio é uma cláusula pétrea, portanto, mesmo que seja retirado do código penal, o princípio continua servindo como veículo pelo mandamento constitucional (Greco, 2017; Masson, 2019).

Corroborando com o conceito abordado Nucci (2020) este princípio é determinante na fixação do conteúdo das normas incriminadoras, ou seja, os tipos de crimes em sentido estrito, só podem ser criados através da lei e originados do poder legislativo. O princípio da legalidade possui dois fundamentos, um de natureza jurídica e o outro é de natureza política (Masson, 2019).

O fundamento jurídico é de taxatividade, na medida em que significa a determinação precisa pelo legislador mesmo que mínima do conteúdo do tipo de crime e da sanção penal aplicável. O fundamento político é pela proteção do ser humano quando o estado exerce seu poder de punir, portanto está incluído entre os direitos fundamentais da primeira geração ou dimensão (Masson, 2019).

O Princípio da retroatividade benéfica ou irretroatividade da lei penal gravosa, encontra-se no artigo 5, XL, que prevê: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (Brasil, 1988). De acordo com Nucci (2020), se o direito penal tem precedência obrigatória sobre as condenações, então as leis, especialmente as prejudiciais ao acusado, não podem ser retroativas. Portanto quando novas leis entram em vigor, elas só podem estar relacionadas com os fatos que fundamentam a sua implementação.

O Princípio constitucional da proporcionalidade, é implícito decorrente do desenvolvimento lógico do preceito da individualização da pena. Para que as sanções penais sejam eficazes, devem ser adaptadas à relevância dos interesses legítimos protegidos, sem ignorar as circunstâncias pessoais do agente (Cunha, 2020).

Para Masson (2019) o princípio da proporcionalidade é um poderoso obstáculo às restrições impostas aos legisladores. Portanto, uma lei penal que não protege interesses legítimos é ineficaz porque envolve interferência excessiva na vida pessoal em geral.

As espécies de pena admitidas no Direito penal brasileiro, estão previstas artigo 32

do código penal: privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa, no artigo 33 estão elencadas as espécies de penas privativas de liberdade sendo reclusão e detenção. A pena privativa de liberdade é uma sanção penal que priva o infrator de direito de locomoção em virtude de ficar preso por um determinado tempo (Brasil, 1940; Masson, 2019).

As penas restritivas de direito estão previstas no artigo 43 do código penal, também são chamadas de penas alternativas e tem como objetivo evitar a imposição da pena privativa de liberdade quando cumpridas as condições previstas em lei. Estas condições são aplicáveis a indivíduos que tenham circunstâncias pessoais favoráveis e que não tenham cometido crimes tão graves. (Brasil, 1940; Masson, 2019).

As penas de multa são previstas pelo código penal no artigo 49 e constitui no pagamento da quantia fixada em sentença e calculado em dias-multa (Brasil, 1940).

### **3 SISTEMA TRIFÁSICO DE DOSIMETRIA DA PENA**

O código penal em seu artigo 68 adotou o sistema trifásico desenvolvido por Nelson Hungria que firma que a dosimetria da pena é feita em três etapas: na primeira o juiz analisa as circunstâncias judiciais contidas no artigo 59 do código penal e fixa a chamada pena base, na segunda fase, será verificada as circunstâncias agravantes e atenuantes fixando a pena provisória, concluindo com a terceira fase em que serão valoradas as causas de aumento e diminuição de pena designando a pena definitiva (Brasil, 1940).

Cunha (2020) ressalta que a abordagem em três etapas da aplicação da pena visa permitir o exercício do direito de defesa para explicar ao acusado os parâmetros que levaram o juiz a impor uma reprimenda. Na primeira fase, o juiz deve atuar dentro dos limites legais designados pela infração penal, ou seja, não pode ultrapassar a pena mínima nem máxima correspondente ao crime ou contravenção penal que o réu foi condenado (Masson, 2019)

São oito as circunstâncias judiciais que devem ser analisadas pelo juiz elencadas no caput do artigo 59 do código penal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (Brasil, 1940).

A circunstância da culpabilidade, conforme leciona Nucci (2020, p.618-619) trata-se,

naturalmente, da culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem. Deve ser entendida como juízo de reprovabilidade, ou seja, sentença de condenação do responsável por crime ou contravenção penal, cuja finalidade é servir de requisito para a aplicação da pena (Capez, 2020).

Os Antecedentes, definido por Capez (2020, p. 803) “são todos os fatos da vida pregressa do agente, bons ou maus, ou seja, tudo o que ele fez antes da prática do crime, sobretudo os aspectos passados da vida criminosa do réu”. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de justiça, foi editada a súmula 444 a qual afirma:” que é vedada a utilização de inquéritos policiais em curso para agravar a pena base (STJ, 2010).

A personalidade do agente, diz respeito ao perfil do agente. Seu conceito pertence mais ao campo da psicologia e da psiquiatria do que ao campo jurídico e exige uma investigação da formação da psicóloga e moral do agente (Capez, 2020).

Os motivos buscam justificar os atos precedentes do agente. É entendido que as circunstâncias judiciais só deverão ser analisadas se os motivos não constituírem parte típica da própria conduta, ou não constituírem circunstâncias qualificadoras ou agravante, sob pena de *bis in idem* (Cunha, 2020). A fim de ilustração, a configuração do *bis in idem*, pode ser visualizado no seguinte contexto: se o agente comete um homicídio por motivo fútil, o juiz não poderá utilizar o motivo como uma das circunstâncias judiciais no caso concreto.

As circunstâncias do crime, trata-se do modo de execução do crime. O juiz deve então destacar dados incidentais relevantes, como a localização do crime, as ferramentas utilizadas pelos agentes, a brutalidade revelada, a duração da fase de execução do crime (Estefam, 2022).

As consequências do crime correspondem aos impactos decorrentes da infração penal, para a vítima, para a sua família ou até mesmo para a coletividade (Cunha 2020).

Por fim, o comportamento da vítima que pode ser favorável para o réu. Caso a vítima tenha contribuído para a ocorrência do crime, deve ser considerada, de forma que abrande a pena do agente (Capez, 2020).

Havendo conflitos entre circunstâncias judiciais do artigo 59 do código penal, é predominante na doutrina dois posicionamentos: o primeiro de que as circunstâncias subjetivas (culpabilidade, antecedentes, conduta social e motivos), prevalecem sobre as objetivas (circunstâncias, consequências e comportamento da vítima); e a segunda, existindo conflito entre circunstâncias subjetivas, prevalecem os motivos, a personalidade e os antecedentes criminais pelo emprego de analogia do artigo 67 do CP (Brasil, 1940; Fabretti; Samanio, 2019).

O artigo art. 67 do Código diz, no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência (Brasil, 1940).

A segunda fase da dosimetria tem o escopo de fixar a pena provisória. Segundo Masson (2020, p. 966),” Atenuantes e agravantes são circunstâncias legais, de natureza objetiva ou subjetiva, não integrantes da estrutura do tipo penal, mas que a ele se ligam com a finalidade de diminuir ou aumentar a pena”. Neste momento o juiz irá analisar as circunstâncias atenuantes ou agravantes que podem aumentar ou diminuir a pena fixada na fase anterior.

“As agravantes e atenuantes têm as seguintes características: são genéricas, ou seja, aplicam-se a todos os tipos de crimes, são obrigatórias, devem sempre aumentar ou reduzir a pena quando não constituírem o tipo penal ou qualificarem para não caracterizar *bis in idem*.” (Fabretti; Smanio, 2019).

As agravantes estão elencadas em um rol taxativo, enquanto as atenuantes estão em um rol exemplificativo, como afirmou o legislador no artigo 66 do CP, mesmo que o código não seja claro, é possível ampliar este rol por analogia, pois seria *in bonam partem*. As agravantes estão previstas no artigo 61 e 62 do CP (Brasil, 1940). As circunstâncias agravantes são:

Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I – a reincidência;

II – ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada (Brasil, 1940).

Já as Atenuantes estão elencadas no artigo 65 do código penal, sendo elas:

- I** - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- II** - o desconhecimento da lei; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
- III** - ter o agente: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
  - a)** cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
  - b)** procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitá-lo ou minorá-lo as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
  - c)** cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
  - d)** confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
  - e)** cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou (Brasil, 1940).

Atenuantes são circunstâncias, fatores que diminuem a pena do réu. Esses fatores incidem sobre o total calculado na segunda fase e podem passar do limite mínimo ou máximo da pena-base.

Por fim, tem-se a terceira fase da dosimetria onde serão analisadas as causas de aumento ou diminuição da pena. Nesta fase, quem indicará as causas de aumento ou diminuição será o próprio artigo em que se enquadre os crimes cometidos pelo réu. Um exemplo clássico de aumento de pena seria o de roubo. Se fora cometido no concurso de pessoas conforme o §2º, inciso II, do artigo 157, a pena será aumentada de 1/3 até a metade. Já um exemplo de causa de diminuição de pena seria o instituto do arrependimento posterior, previsto no artigo 16 do Código Penal (Brasil, 1940).

É mister que caso haja uma ou mais causas de diminuição de pena, o juiz poderá utilizar todas ou apenas uma, fundamentando-as.

#### **4 SÚMULA 231 STJ: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

Preliminarmente, a súmula número 231 do Superior Tribunal de Justiça foi aprovada pela Terceira Câmara do Tribunal Superior em 22 de setembro de 1999, dispõe que “a incidência das circunstâncias atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (STJ, 1999).

A Súmula em questão, enseja que na segunda fase da dosimetria, o magistrado depois de fixado a pena-base e observadas as circunstâncias atenuantes do caso concreto, deixe de aplicá-las a fim de que a pena provisória não ultrapasse o mínimo legal.

No dia 17 de maio de 2023, a súmula voltou a ser objeto de discussão, o Ministro Rogério Schietti realizou uma audiência pública com diversas entidades e especialistas de cunho jurídico pela afetação de três recursos especiais (REsp 2.057.181, 2.052.085 e 1.869.764) para julgamento na Terceira Seção, com o intuito de debater sobre uma possível revisão da súmula.

Os Resps, interpostos pela representação da Defensoria Pública de seus respectivos estados (Sergipe, Tocantins e Mato Grosso Do Sul) defendem a superação da Súmula 231 sob o argumento da violação do artigo 65 do código penal, bem como, o reconhecimento da atenuante da confissão.

Para melhor entendimento das razões que vedam a fixação da pena abaixo do mínimo legal, se faz necessário transcrever os artigos 42 e 48 parágrafo único da antiga parte geral do Código Penal de 1940:

Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:

I - Determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...]

Parágrafo único. Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até a metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido (Brasil, 1940)

Nota-se que o parágrafo único do artigo 48 determinava um limite, vedando a pena inferior ao mínimo ao agente que participasse de crime menos grave, como expõe Bittencourt:

[...] o equívoco de que circunstâncias atenuantes não podem resultar em pena inferior à pena mínima para um crime decorre de analogia proibitiva do texto original do parágrafo único. Acrescenta ainda que “este dispositivo disciplinava uma causa especial de diminuição de pena — quando o agente quis participar de crime menos grave —, mas impedia que ficasse abaixo do mínimo cominado (Bittencourt, Cezar, 2020 p. 1864).

Vale ressaltar que o sistema de aplicação da pena vigente à época preconizado no artigo 42 do antigo código penal era sistema bifásico, desenvolvido por Roberto Lyra onde, as circunstâncias judiciais e as circunstâncias atenuantes e agravantes eram analisadas num primeiro momento resultando na pena- base e posteriormente as causas de aumento e diminuição da pena, resultando na pena definitiva (Brasil, 1940).

Ademais, com a revogação da parte geral em razão da lei 7.209/84, o texto do artigo 48 não foi repetido, além de ser adotado o sistema de dosimetria trifásico de Nelson Hungria que apoia a sentença em três fases definido pelo atual artigo 68 em harmonia do artigo 59 do código penal como apreciado anteriormente (Brasil, 1940).

Em que pese, a súmula 231 não seja vinculante, a sua aplicação vem sendo habitualmente utilizada pelos tribunais, que colide com o cumprimento do princípio da individualização da pena, quede acordo com Lamounier (2020) pode ser compreendido como uma garantia fundamental prevista no art. 5, XLVI, da CF, podendo-se afirmar que estabelece que as sanções jurídicas de natureza criminal, respeitem a condição humana do apenado de forma proporcional, evitando o arbítrio estatal (Brasil, 1988).

Conforme apontam Paulo e Alexandrino (2017) a enumeração das penas permitidas pela constituição não é exaustiva. Portanto, a lei pode impor outros tipos de penalidades, desde que não se enquadre nas proibições expressas do artigo 5, XLVII da constituição federal, não autorizando, penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento ou cruéis (Brasil, 1988).

A observância do princípio de individualização da pena se dá mediante três etapas; legislativa, judiciária e administrativa. Na legislativa o respeito é dado quando o legislador descreve um tipo penal e estabelece sanções adequadas, indicando claramente os seus limites mínimos e máximos, bem como as circunstâncias que podem aumentar ou diminuir a censura aplicável (Masson, 2019).

Na judiciária, compete ao juiz realizar a aplicação da pena, analisando o preceito secundário do tipo penal, adequado ao caso, sendo guiado pelo método trifásico estabelecido no artigo 68 do CP (Brasil, 1940; Lamounier, 2020).

Por fim, a fase administrativa que é no momento da execução, quando o estado deve cuidar de cada infrator de forma única, seja através de tratamento prisional, ou através de sistemas alternativos que pareçam capazes de atingir plenamente o propósito da pena (Masson, 2019).

Ademais, pelo fato desse princípio está previsto dentro do artigo 5, ele é considerado direito fundamental de modo que também é considerado cláusula pétrea na forma do artigo 60, parágrafo quarto, inciso IV da constituição federal (Brasil, 1988).

A súmula 231 viola não apenas o princípio da individualização da pena, mas ofende também no princípio da legalidade, o caput do artigo 65 do CP, é claro e literal ao dizer

que: “são circunstâncias que sempre atenuam a pena “independentemente do mínimo cominado, ou seja, não há margem pra erro, a norma tem natureza imperativa ao usar o advérbio “sempre” a súmula confronta o texto legal, o juiz ao analisar as circunstâncias atenuantes e identificando-as deixará de aplicá-las pela vedação da súmula. Desse modo, assevera Bittencourt:

Contudo, a não aplicação do artigo 65 do Código Penal, para evitar que a pena fique aquém do mínimo cominado, não configura, como se imagina, interpretação analógica, mas verdadeira analogia— vedada em direito penal — para suprimir um direito público subjetivo, qual seja a obrigatória (circunstância que sempre atenta a pena) atenuação de pena (Bittencourt, Cezar, 2020, p. 1865).

O entendimento implantando em 1999, consistiu em interpretação *in malam partem*, pelo Superior Tribunal, por entender que o legislador não tinha abordado a possibilidade da pena ser reduzida abaixo do mínimo pelo código penal

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça no dia 14 de outubro de 2015, publicou a súmula 545, que dispõe:” quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal” (STJ, 2015).

Para melhor ilustrar o conflito atual existente decorrente da súmula 231 do STJ, suponha que o indivíduo A e B cometem o mesmo crime, o sujeito A tem 19 anos, enquanto B tem 26 anos na data dos fatos, o indivíduo A, confessa a autoria do crime e o sujeito B se mantém em silêncio. Em razão da súmula 231, o magistrado ao valorar as atenuantes previstas no artigo 65, inciso I e III, alínea d, no caso concreto, deixa de aplicar a fim de que dois sujeitos em situações diferentes acabem tendo a mesma reprimenda.

Nesse sentido, Nucci (2020, p. 103) reflete que:

Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um o que lhe é devido (Nucci, 2020, p. 103).

Ademais, o próprio Superior Tribunal de Justiça no mesmo ano de publicação da súmula, se manifestou em sentido contrário conforme abaixo:

PENAL. PENA. INDIVIDUALIZAÇÃO. PENA-BASE. GRAU MÍNIMO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. INCIDÊNCIA. REDUÇÃO ABAIXO DO

MÍNIMO LEGAL. – No processo trifásico de individualização da pena é possível a sua fixação definitiva abaixo do mínimo legal na hipótese em que a pena-base é fixada no mínimo e se reconhece a presença de circunstância atenuante, em face da regra imperativa do art. 65, do Código Penal, que se expressa no comando literal de que tais circunstâncias sempre atenuam a pena. Habeas corpus concedido." (HC 9.719-SP, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. F. Gonçalves, Rel. p/acórdão Min. Vicente Leal, DJ 25/10/99).

Este julgado juntamente com os posicionamentos doutrinários ajudam a responder a questão problema acerca de em que medida, a súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça contraria o princípio da individualização da pena? O arranjo metodológico possibilitou responder a problemática proposta, conforme será apresentado a seguir.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa teve como objetivo geral analisar sobre a possibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal com fulcro na súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Com base no desenvolvimento desta pesquisa, para atingir uma compreensão do objetivo, definiram-se dois objetivos específicos. O primeiro, desenvolver uma pesquisa bibliográfica acerca da teoria da pena e dosimetria da pena, depois, analisar a compatibilidade da súmula 231 do STJ com o princípio de individualização da pena. Pode-se indicar que o objetivo proposto foi alcançado.

No que tange ao entendimento da súmula 231 do Superior Tribunal De Justiça, foi possível visualizar que a súmula viola o Princípio constitucional da Individualização da pena insculpido no artigo 5º, XLVI, anulando direito subjetivo do réu e desrespeitando o sistema trifásico de dosimetria desenvolvido por Nelson Hungria e adotado pelo código penal na reforma da parte geral de 1980, além da incompatibilidade com a súmula 545 do Superior Tribunal De Justiça.

A súmula vem sendo aplicada de forma incoerente e juridicamente errada, conclui-se que a súmula 231 é claramente inconstitucional, devendo ser revista pela Egrégia Corte para ser debatida e cancelada. Deve ser revisado o reconhecimento acerca da possibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria da pena, afastando assim a ilegalidade da aplicação da súmula já explicitada.

Portanto, é notória a necessidade de se refletir acerca possibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria, visando sempre buscar a aplicação da justiça, garantindo a viabilidade do direito fundamental da individualização da pena.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. CÓDIGO PENAL. **Decreto-lei N° 2.048, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 21 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial N° 2.057.181/SE**. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=181403293&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=2023109810&data=20230315&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=181403293&tipo_documento=documento&num_registro=2023109810&data=20230315&formato=PDF). Acesso em: 21 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial N° 2203552 - TO (2022/0280511-0)**. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=178315165&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=2022805110&data=20230217&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=178315165&tipo_documento=documento&num_registro=2022805110&data=20230217&formato=PDF). Acesso em: 21 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC N° 9719/SP (9719-302756/99)**. Impetrante: Ana Maria Comin. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/394612>. Acesso em: 21 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL N° 1869764 - MS (2019/0239239-9)**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. RELATOR: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/2189408105>. Acesso em: 21 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 231 de 22 de novembro de 1999**. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27231%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27231%27).sub). Acesso em: 21 abr. 2024.

BRASIL. Superior tribunal de Justiça. **Súmula 444 de 13 de maio de 2010**. Disponível em: [https://www.coad.com.br/busca/detalhe\\_16/2362/Sumulas\\_e\\_enunciados](https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2362/Sumulas_e_enunciados). Acesso em: 22 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 545 de 19 de outubro de 2015**. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/internet\\_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula\\_545\\_546\\_2015\\_Terceira\\_Secao.pdf](https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_545_546_2015_Terceira_Secao.pdf). Acesso em: 21 abr. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 21 fev. 2024.

BRASIL. **Lei N° 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 21 abr. 2024.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal: Parte Geral (Arts. 19 a 120)**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: [https://drive.google.com/drive/folders/1cZ6-D4Iz9rCgTi\\_SJH\\_wpuKwbIDPNiBX](https://drive.google.com/drive/folders/1cZ6-D4Iz9rCgTi_SJH_wpuKwbIDPNiBX). Acesso em: 22 abr. 2024.

BITTENCOURT, Cezar Roberto; MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. **Necessidade de superação da Súmula 231 do STJ**. Consultor Jurídico. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-26/bitencourte-muniz-superacao-sumula-231-stj/>. Acesso em: 22 abr. 2024.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal Parte Geral Arts.1º a 120**. 24. Ed. São Paulo: Saraiva Educação 2020. V.1. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/11KkQDAI4rRU2Pd8BPZaYClzBUhHVyD4>. em: 22 abr. 2024.

CASTRO, Pedro Machado de Almeida; LEITE, Thainá Rodrigues. **Da necessária revisão da súmula 231 do STJ**. Migalhas. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/386589/da-necessaria-revisao-da-sumula-231-do-stj>. Acesso em: 22 abr. 2024.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 8. ed. rev. Salvador: JusPODIVM, 2020. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/1-7IGLj90iUYeVcJCPtOnNRyYAzW56aqu>. Acesso em: 22 abr. 2024.

DANTAS, Bruno Montenegro Ribeiro. **Fôlego renovado para a superação da Súmula 231 do STJ**. Consultor Jurídico. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mai-03/ribeiro-dantas-folego-superacao-sumula-231-stj2/>. Acesso em: 22 abr. 2024.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral - Arts. 10 a 120**. 11. ed. São Paulo: SaraivaEducação, 2019. v. 1. Disponível em: <https://ler.amazon.com.br/kp/embed?linkCode=kpd&asin=B07QP7LSF2&tag=livrariapubli-20&reshareId=1Q2ZWEA9JGBPX7HY6H0&reshareChannel=system>. Acesso em: 22 abr. 2024.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Direito Penal Parte GERAL**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/112hzBTMsUkGkRnO-mKfjsSWrVfJGHRST>. Acesso em: 22 abr. 2024.

FREITAS, Brenda Barros. **Circunstância Atenuante e Pena máxima abaixo do mínimo legal: o protagonismo da defensoria pública no debate do cancelamento da súmula 231 do STJ**. [S.I.] 2023. Disponível em: <https://revistaft.com.br/circunstancia-atenuante-e-pena->

abaixo-do-minimo-legal-o-protagonismo-da-defensoria-publica-no-debate-acerca-do-cancelamento-da-sumula-no-231-do-stj/. Acesso em: 22 abr. 2024.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal: parte geral**. 19. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. v. 1. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/1v-bH7eRTvf2XsDmcZuB7S96z0BTOv2X4>. Acesso em: 22 abr. 2024.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia. **Manual de Direito Penal Parte Geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/1kMzkHIZPGfJ4HGHTIntZfo6XG5V0QawT>. Acesso em: 22 abr. 2024.

LAMOUNIER, Gabriela Maciel. **Entendendo os princípios penais**. Belo Horizonte: Expert, 2022. Disponível em: <https://experteditora.com.br/wp-content/uploads/2022/09/Direito-Penal.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2024.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 13. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/1OioVgs3QuAnHdvGrwTUv2x2axsQWaMIw>. Acesso em: 22 abr. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/1QRIZ3801oW-DZvKkCeQXdN8TkOyZf7sw>. Acesso em: 22 abr. 2024.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. rev. atual. e aum. São Paulo; MÉTODO, 2017. Disponível em: [https://drive.google.com/drive/folders/1jyXtY22tzR9Fpvtm-chG\\_R0-\\_JNxABHD](https://drive.google.com/drive/folders/1jyXtY22tzR9Fpvtm-chG_R0-_JNxABHD). Acesso em 22 abr. 2024.

**Terceira Seção vai rediscutir possibilidade de pena abaixo do mínimo legal; relator convoca audiência pública.** STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/24032023-Terceira-Secao-vai-rediscutir-possibilidade-de-pena-abaixo-do-minimo-legal--relator-convoca-audiencia-publica.aspx>. Acesso em: 01 mai. 2024.